

Rolnummer 5213
Arrest nr. 131/2012 van 30 oktober 2012

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, in het bijzonder artikel 14 ervan, de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid en de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij arrest nr. 215.308 van 23 september 2011 in zake de nv « Bedimo » tegen de vzw « Smals », waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 28 september 2011, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schenden de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, met name artikel 14 ervan, alsook de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid en de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien zij moeten worden geïnterpreteerd in die zin dat zij impliceren dat een privaatrechtelijke vereniging zonder winstoogmerk die is samengesteld uit administratieve overheden, geen administratieve overheid is en dus niet aan het oordeel van de Raad van State is onderworpen zelfs indien overheidsopdrachten die zij gunt, bestemd zijn voor die administratieve overheden die haar samenstellen, in zoverre die interpretatie een onverantwoorde discriminatie creëert tussen, enerzijds, diegenen die inschrijven op een overheidsopdracht uitgeschreven door een administratieve overheid en die de administratieve beslissing kunnen aanvechten voor de Raad van State en, anderzijds, diegenen die inschrijven op een overheidsopdracht uitgeschreven door een vereniging zonder winstoogmerk samengesteld uit administratieve overheden waarvoor die overheidsopdracht bestemd is, waarbij die laatste inschrijvers de beslissing tot gunning van de opdracht niet kunnen aanvechten voor de Raad van State enkel omdat die opdracht werd gegund en rechtstreeks uitgeschreven, niet door de administratieve overheden die de vereniging samenstellen, maar door die vereniging zelf, terwijl die opdracht voor die administratieve overheden bestemd is ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de nv « Bedimo », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1000 Brussel, Inquisitiestraat 31;

- de vzw « Smals », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1060 Brussel, Fonsnylaan 20;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 11 oktober 2012 :

- zijn verschenen :

. Mr. I. Tasset, advocaat bij de balie te Luik, *loco* Mr. F. Gosselin, advocaat bij de balie te Brussel, voor de nv « Bedimo »;

. Mr. M. Thomas *loco* Mr. B. Lombaert, advocaten bij de balie te Brussel, voor de vzw « Smals »;

. Mr. P. Goffaux, tevens *loco* Mr. F. Maussion, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Moerman en T. Merckx-Van Goey verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Op 20 mei 2009 maken het *Bulletin der Aanbestedingen* en het *Publicatieblad van de Europese Unie* een « aankondiging van een opdracht » bekend op verzoek van de vzw « Smals », die wordt voorgesteld als een « vereniging van openbare socialezekerheidsinstellingen en federale overheidsdiensten ». Die aankondiging betreft een overheidsopdracht met betrekking tot de levering van kantoor materiaal.

Op 16 september 2009 beslist die vereniging de opdracht te gunnen aan een van de zes inschrijvers. Op 22 september 2009 informeert zij, met toepassing van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de nv « Bedimo » dat het niet haar offerte is die werd gekozen.

Op 10 november 2009 stelt die vennootschap bij de Raad van State tegen die beslissing een beroep tot nietigverklaring in. De Raad van State twijfelt aan zijn bevoegdheid om kennis te nemen van dat beroep en merkt op dat artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid, de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid, de artikelen 3 en 4 van de statuten van de vzw « Smals », alsook de identiteit van de oprichters van die laatste niet doen blijken dat die privaatrechtelijke vereniging bindende beslissingen kan nemen ten aanzien van derden. De Raad van State beslist daarom, op verzoek van de nv « Bedimo », aan het Hof de hierboven weergegeven prejudiciële vraag te stellen.

III. *In rechte*

- A -

Over de relevantie van de prejudiciële vraag

A.1. In hoofdorde voert de vzw « Smals » aan dat de prejudiciële vraag relevantie mist.

Zij merkt op dat de overheidsopdracht waarvan de gunning voor de Raad van State wordt betwist, niet werd gesloten voor rekening van de administratieve overheden die lid zijn van de vereniging. Zij merkt op dat alle bestellingen van kantoormeubelen die in het kader van die overheidsopdracht werden geplaatst, alleen aan de behoeften van die vereniging beoogden te voldoen, en niet aan die van die administratieve overheden. Zij preciseert dat de clausule van het bestek met betrekking tot die opdracht luidens welke zowel de vereniging als haar leden en de leden daarvan « gebruik zullen kunnen maken van het contract » een stijlclausule is die alle bestekken die zij toen opstelde bevatten.

De vzw « Smals » voegt eraan toe dat de levering van kantoormeubelen niet onder de definitie van haar maatschappelijk doel valt en dat de opdracht van de verenigingen bedoeld in artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1999 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid en in de

artikelen 2 en 3 van de wet van 17 juli 2001 « betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid » slechts betrekking heeft op informatiebeheer en informatieveiligheid en haar niet ertoe machtigt een overheidsopdracht voor de levering van kantoormeubelen voor rekening van haar leden uit te schrijven.

De vzw « Smals » leidt uit het voorgaande af dat zelfs een bevestigend antwoord op de prejudiciële vraag de Raad van State niet ertoe zou kunnen brengen zich bevoegd te verklaren om kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring gericht tegen de door de vereniging genomen beslissing.

A.2. In hoofdorde verzoekt de Ministerraad het Hof te onderzoeken of er, rekening houdend met de door de vzw « Smals » gegeven informatie over de bestemming van het in het kader van de overheidsopdracht bestelde meubilair, geen reden zou zijn om de Raad van State te verzoeken het nut van de prejudiciële vraag na te gaan.

A.3. De nv « Bedimo » is harerzijds van mening dat, rekening houdend met de voormelde clausule van het bestek, niet kan worden betwist dat de administratieve overheden die lid zijn van de vzw « Smals », voordeel kunnen halen uit de in het geding zijnde opdracht.

Over het antwoord op de prejudiciële vraag

A.4.1. De nv « Bedimo » is van mening dat de prejudiciële vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

A.4.2. Zij preciseert bij wijze van inleiding dat bij het antwoord op de prejudiciële vraag rekening dient te worden gehouden met de wetgeving die van kracht was op de datum van haar beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, zodat de wet van 23 december 2009 « tot invoering van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten » op dat antwoord zonder weerslag blijft.

A.4.3. De verzoekster voor de Raad van State beweert dat alle leden van de vzw « Smals » administratieve overheden zijn. Zij voegt eraan toe dat die vereniging overheidsopdrachten gunt uit haar naam, maar ten voordele van haar leden en van de leden van de administratieve overheden waaruit zij bestaat.

A.4.4. De nv « Bedimo » onderstreept vervolgens dat de wijze waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State het concept « administratieve overheid » gebruikt in artikel 14, § 1, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State definiëren, leidt tot een discriminatie ten nadele van de inschrijver op een overheidsopdracht voorgesteld door een vereniging zonder winstoogmerk zoals de vzw « Smals ».

Zij herinnert eraan dat, in tegenstelling met die inschrijver, zowel de inschrijver op een overheidsopdracht voorgesteld door om het even welke administratieve overheid als diegene die een offerte indient voor een overheidsopdracht voorgesteld door een administratieve overheid die lid is van de vzw « Smals », bij de Raad van State een beroep kunnen instellen tot nietigverklaring van de beslissing om die opdracht te gunnen.

Zij gaat ervan uit dat dat verschil in behandeling niet kan worden verantwoord door de omstandigheid dat het de inschrijver die een offerte heeft ingediend bij de vzw « Smals » vrijstaat de beslissing om de opdracht te gunnen voor de kortgedingrechter te betwisten. Zij preciseert dat een dergelijk beroep geen « procedurele waarborgen » biedt die gelijkwaardig zijn met die welke een beroep bij de Raad van State biedt, aangezien het het niet mogelijk maakt de schorsing van de uitvoering van de beslissing om de in het geding zijnde overheidsopdracht te gunnen, noch de nietigverklaring van die beslissing, die later het instellen van een aansprakelijkheidsvordering mogelijk maakt, te verkrijgen.

Het arrest nr. 161/2011 van 20 oktober 2011 citerend, betoogt de nv « Bedimo » ook dat het belang van een inschrijver die een offerte heeft ingediend bij een vereniging zonder winstoogmerk die uitsluitend bestaat uit administratieve overheden, om een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing om de opdracht aan een concurrent te gunnen, even reëel en even legitiem is als het belang van de inschrijver die een offerte heeft ingediend bij een administratieve overheid die al dan niet lid van die vereniging is.

A.4.5. De nv « Bedimo » stelt ten slotte dat de discriminatie niet voortkomt uit een lacune in de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten, maar uit de in het geding zijnde bepalingen of uit de ontstentenis van een wetsbepaling die een beroep tot nietigverklaring organiseert tegen de beslissing om een overheidsopdracht te gunnen die werd genomen door een vereniging zonder winstoogmerk die uitsluitend bestaat uit administratieve overheden.

A.5.1. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

A.5.2. Hij merkt bij wijze van inleiding op dat die vraag betrekking heeft op de grondwettigheid van de wijze waarop het Hof van Cassatie en de Raad van State de woorden « administratieve overheid » gebruikt in artikel 14, § 1, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten interpreteren. Hij leidt daaruit af dat de verwijzing die in de prejudiciële vraag wordt gemaakt naar de wet van 15 januari 1990 en naar die van 17 juli 2001 niet relevant is. Hij merkt bovendien op dat in de prejudiciële vraag de bepalingen van die twee wetten die in het geding zouden zijn, niet worden geïdentificeerd.

A.5.3. De Ministerraad herinnert eraan dat de verdeling van de jurisdictionele bevoegdheden tussen de gewone rechter en de Raad van State het gevolg is van een keuze uitgedrukt in de artikelen 144, 145 en 160 van de Grondwet.

Hij is van mening dat het concept « administratieve overheid » een van de criteria van die verdeling vormt, en dat dat criterium objectief en redelijk verantwoord is. En hij gaat ervan uit dat het niet onredelijk is dat concept met name te definiëren door een verwijzing naar de eenzijdige beslissingsbevoegdheid, enerzijds, omdat die bevoegdheid, net zoals het nastreven van een opdracht van algemeen belang, een van de essentiële kenmerken is die een administratieve overheid onderscheidt van een private entiteit, en, anderzijds, omdat de in het geding zijnde bevoegdheid van de Raad van State betrekking heeft op eenzijdige administratieve beslissingen.

A.5.4. De Ministerraad voegt eraan toe dat het verschil in behandeling onder de rechtzoekenden dat het gevolg is van de hoedanigheid van diegene die de beslissing om een overheidsopdracht te gunnen heeft genomen, niet op onredelijke of onevenredige wijze afbreuk doet aan het recht op een daadwerkelijk juridictioneel beroep. Hij doet opmerken dat de Raad van State en de rechtbanken van de rechterlijke macht dezelfde wettigheidstoetsing uitvoeren en dat de beide soorten rechtscolleges onafhankelijk en onpartijdig zijn, dat een zaak bij hen bij dringende of uiterst dringende noodzakelijkheid aanhangig kan worden gemaakt en dat zij voorlopige maatregelen kunnen nemen of dwangsommen kunnen uitspreken.

De Ministerraad is van mening dat de omstandigheid dat een rechter van de rechterlijke macht in beginsel, in tegenstelling met de Raad van State, een onwettig bevonden bestuurshandeling niet nietig kan verklaren, te dezen zonder weerslag is, aangezien die rechter verplicht is de toepassing te weigeren van een beslissing om een overheidsopdracht te gunnen die hij onwettig acht, en aangezien die beslissing een bestuurshandeling met individuele draagwijdte vormt. Hij voegt eraan toe dat zelfs de weigering om een onwettig bevonden bestuurshandeling met verordenende draagwijdte toe te passen, in de praktijk hetzelfde gevolg heeft als de nietigverklaring van een dergelijke handeling. Hij doet in dat verband opmerken dat ingevolge een vonnis waarbij de onwettigheid wordt vastgesteld van een van haar handelingen, een administratieve overheid verplicht is snel alles in het werk te stellen om die onwettigheid te doen verdwijnen en zich blootstelt aan het in het geding brengen van haar verantwoordelijkheid indien zij die onwettig bevonden handeling blijft toepassen. De Ministerraad zet ook uiteen dat de ontstentenis van optreden van een auditeur tijdens de voor een rechtbank van de rechterlijke macht gevoerde rechtspleging wordt gecompenseerd door het feit dat die rechtspleging aan de partijen een ruimere rol voorbehoudt en hun meer beroepsmogelijkheden biedt.

De Ministerraad besluit daaruit dat het beroep op de gewone rechter en het beroep voor de Raad van State gelijkwaardige waarborgen en een gelijkwaardige doeltreffendheid bieden. Hij merkt op dat het recht op een daadwerkelijk juridictioneel beroep niet het recht met zich meebrengt noodzakelijkerwijs over twee juridictionele beroepen voor eenzelfde geschil te kunnen beschikken.

A.5.5. De Ministerraad betoogt ten slotte dat de omstandigheid dat een overheidsopdracht die door een vereniging zonder winstoogmerk is gesloten, aan een administratieve overheid ten goede zou komen, het onderzochte verschil in behandeling niet discriminerend maakt.

Hij doet opmerken dat de keuze om een dergelijke vereniging op te richten tot de organisatievrijheid van de overheden behoort en soms zelfs, zoals te dezen, uitdrukkelijk bij de wet is bepaald. Hij onderstreept bovendien dat een dergelijke keuze de toepassing van de reglementering op de overheidsopdrachten niet belet en herinnert eraan dat zij geen afbreuk doet aan het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel van de kandidaten en inschrijvers.

A.6.1. In ondergeschikte orde is de vzw « Smals » ook van mening dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

Zij deelt in essentie de mening van de Ministerraad.

A.6.2. De vzw « Smals » voegt eraan toe dat zij een aanbestedende overheid is zoals bedoeld in artikel 4, § 2, 8°, van de wet van 24 december 1993 « betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten » en dat haar beslissingen om een overheidsopdracht te gunnen door de justitiële rechtscolleges konden worden geschorst met toepassing van artikel 21*bis*, § 2, derde lid, van die wet, opgeheven bij artikel 4 van de wet van 23 december 2009, indien zij een machtsafwending, een overtreding van de documenten met betrekking tot de opdracht of van de rechtsregels die op die opdracht van toepassing zijn, vormden.

De vzw « Smals » doet trouwens opmerken dat de nv « Bedimo » zich, bij dagvaarding betekend op 7 oktober 2009, tot de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft gewend om hem te verzoeken de procedure van gunning van de in het geding zijnde opdracht te schorsen. Zij merkt op dat die vennootschap voor dat rechtscollege grieven heeft kunnen uitzetten met betrekking tot de « objectieve wettigheid » van de bekritiseerde gunningsbeslissing (ontstentenis van uitdrukkelijke motivering van de beslissing, schending van de wetgeving op het gebruik van de talen in bestuurszaken, kritiek op het gunningsverslag opgesteld ter attentie van de raad van bestuur van de aanbestedende overheid, enz.), grieven die identiek zijn met die welke voor de Raad van State kunnen worden geformuleerd. De vzw « Smals » herinnert eraan dat, na die grieven te hebben onderzocht, de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel de vordering tot schorsing, bij beschikking van 27 november 2009, niet-gegrond heeft verklaard. Zij besluit daaruit dat de nv « Bedimo » in dat geval een even daadwerkelijke en doeltreffende jurisdictionele bescherming heeft genoten als die welke door een vordering tot schorsing bij de Raad van State wordt geboden.

De vzw « Smals » betoogt bovendien dat ingevolge de voormelde beschikking van 27 november 2009 de nv « Bedimo » bij een rechter van de rechterlijke macht, die uitspraak doet ten gronde, ook had kunnen vorderen dat hij de onwettigheid vaststelt van de beslissing om de opdracht te gunnen en dat hij weigert die beslissing toe te passen krachtens artikel 159 van de Grondwet. Zij beweert dat die bevoegdheid identiek is met die welke de Raad van State uitoefent wanneer hij een dergelijke beslissing nietig verklaart, aangezien in beide gevallen de onwettig geweerde inschrijver een schadeloosstelling zal kunnen vorderen indien de aanbestedende overheid erbij blijft de opdracht met zijn concurrent te sluiten. Zij doet ten slotte opmerken dat, bij het arrest nr. 164/2011, het Hof het bij de wet van 23 december 2009 gemaakte onderscheid tussen de toetsing uitgevoerd door de justitiële rechtscolleges en de toetsing uitgeoefend door de Raad van State niet ter discussie heeft gesteld.

- B -

B.1. Artikel 14, § 1, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt :

« De afdeling [bestuursrechtspraak van de Raad van State] doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen :

1° van de onderscheiden administratieve overheden;

2° van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

Artikel 159 van de Grondwet is eveneens van toepassing op de in 2° bedoelde akten en reglementen ».

B.2.1. Artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990 « houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid » bepaalt :

« § 1. De volgende instanties kunnen zich verenigen in één of meerdere verenigingen voor het verrichten van hun werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid :

1° de instellingen van sociale zekerheid bedoeld in artikel 2, eerste lid, 2°, *a*);

1°*bis* de openbare centra voor maatschappelijk welzijn;

2° de instellingen van sociale zekerheid bedoeld in artikel 2, eerste lid, 2°, *c*);

2°*bis* de instellingen van sociale zekerheid bedoeld in artikel 2, eerste lid, 2°, *d*);

2°*ter* de onderlinge verenigingen van instanties bedoeld in 1°, 1°*bis*, 2° en/of 2°*bis*;

3° de Kruispuntbank;

3°*bis* het *eHealth*-platform en de vereniging bedoeld in artikel 37 van de wet van 21 augustus 2008 houdende oprichting en organisatie van het *eHealth*-platform;

4° de federale overheidsdiensten, de federale publiekrechtelijke rechtspersonen en de verenigingen bedoeld in artikel 2 van de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid;

5° de overheidsdiensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en de openbare instellingen met rechtspersoonlijkheid die onder de Gemeenschappen en Gewesten ressorteren voor zover hun opdrachten betrekking hebben op één of meerdere van de aangelegenheden vermeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 16 januari 2002 tot uitbreiding van het netwerk van de sociale zekerheid tot sommige overheidsdiensten en openbare instellingen van de Gemeenschappen en Gewesten, met toepassing van artikel 18 van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid;

6° het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, opgericht bij artikel 259 van de programmawet (I) van 24 december 2002;

7° de wetgevende vergaderingen en de instellingen die eruit voortkomen;

8° de verenigingen bedoeld in artikel 12 van het koninklijk besluit van 12 juni 2006 tot uitvoering van Titel III, Hoofdstuk II van de wet van 23 december 2005 betreffende het generatiepact.

De Koning kan bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad bepalen onder welke voorwaarden andere instellingen van sociale zekerheid of soorten instellingen van sociale zekerheid aan dergelijke vereniging kunnen deelnemen.

§ 2. Indien instanties bedoeld in § 1, 1°, 1°bis, 2°ter, 3°, 3°bis, 4°, 5°, 6°, 7° of 8°, aan een met toepassing van § 1 tot stand gebrachte vereniging deelnemen, kan deze vereniging slechts de vorm aannemen van een vereniging zonder winstoogmerk zoals bedoeld in de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen.

§ 3. De leden van een met toepassing van § 1 tot stand gebrachte vereniging kunnen aan de vereniging werken inzake informatiebeheer en informatieveiligheid toevertrouwen. Het gespecialiseerd personeel van de vereniging kan aan de leden ter beschikking worden gesteld en door deze laatsten in hun schoot worden tewerkgesteld.

§ 4. De leden van een met toepassing van § 1 tot stand gebrachte vereniging zijn gehouden tot het betalen van de kosten van de vereniging in de mate dat zij een beroep doen op haar diensten ».

B.2.2. Artikel 2 van de wet van 17 juli 2001 « betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid » bepaalt :

« De federale overheidsdiensten en de federale publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen zich verenigen met elkaar in één of meerdere verenigingen voor wat hun werkzaamheden inzake informatiebeheer en informatieveiligheid betreft.

Deze verenigingen kunnen slechts de vorm aannemen van een vereniging zonder winstoogmerk als bedoeld in de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend.

De leden van dergelijke verenigingen kunnen aan de verenigingen werken inzake informatiebeheer en informatieveiligheid toevertrouwen. Het gespecialiseerd personeel van dergelijke verenigingen kan aan hun leden ter beschikking worden gesteld en door deze laatsten in hun schoot worden tewerkgesteld.

De zich verenigende leden zijn gehouden tot betaling van de kosten van dergelijke verenigingen in de mate dat zij beroep doen op de verenigingen ».

Artikel 3 van dezelfde wet bepaalt :

« De in artikel 2 bedoelde verenigingen en de verenigingen bedoeld in artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid kunnen zich op hun beurt tezamen met de Belgische Staat verenigen voor de uitvoering van algemene diensten die de uitvoering van de opdrachten van deze verenigingen rechtstreeks ondersteunen.

Dergelijke vereniging kan slechts de vorm aannemen van een vereniging zonder winstoogmerk als bedoeld in de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend.

De verenigingen die zich op basis van dit artikel verenigen zijn gehouden tot betaling van de kosten van de vereniging waarvan zij deel uitmaken in de mate dat zij er een beroep op doen ».

B.3. Uit de feiten van de aan de Raad van State voorgelegde zaak en uit de motieven van de verwijzingsbeslissing blijkt dat het Hof wordt verzocht zich uit te spreken over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 14, § 1, eerste lid, 1^o, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten, in samenhang gelezen met artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990, in zoverre de in het geding zijnde bepaling een discriminerend verschil in behandeling zou teweegbrengen tussen twee categorieën van inschrijvers voor een overheidsopdracht waarop artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 « betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten » van toepassing is en die betrekking heeft op leveringen die zijn bestemd voor een administratieve overheid die lid is van een vereniging zonder winstoogmerk in de zin van de wet van 27 juni 1921 « betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen » die met toepassing van artikel 17*bis*, § 2, van de wet van 15 januari 1990 is opgericht, en die geen beslissingen kan nemen die derden binden : enerzijds, de inschrijvers die werden verzocht een offerte in te dienen bij die administratieve overheid en, anderzijds, die welke werden verzocht een offerte in te dienen bij die vereniging zonder winstoogmerk.

Enkel de eerstgenoemde zouden, rekening houdend met de op 10 november 2009 van toepassing zijnde wetgeving, bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de nietigverklaring hebben kunnen vorderen van de beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver.

Ten aanzien van de relevantie van de prejudiciële vraag

B.4. De vzw « Smals » en de Ministerraad betwisten de relevantie van de vraag door erop te wijzen dat de leveringen van de overheidsopdracht die aan de oorsprong van de voor de verwijzende rechter hangende zaak ligt, niet zijn bestemd voor de administratieve overheden die lid zijn van de vereniging, maar uitsluitend bestemd zijn voor de vereniging.

B.5. In de regel komt het het rechtscollege dat het Hof een vraag stelt, toe na te gaan of het antwoord op de prejudiciële vraag nuttig is om het aan dat rechtscollege voorgelegde geschil te beslechten.

Slechts wanneer dat klaarblijkelijk niet het geval is, vermag het Hof te beslissen dat de vraag geen antwoord behoeft.

B.6.1. Uit artikel 3 van de statuten van de vzw « Smals », gewijzigd op 18 april 2007 en bekendgemaakt in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* van 2 juni 2007, blijkt dat die « zich tot doel [stelt] haar leden te ondersteunen op het vlak van informatiebeheer en aanverwante materies ter bevordering van een geïntegreerde elektronische dienstverlening ».

Uit de aankondiging van de opdracht die op 20 mei 2009 op verzoek van de vereniging is bekendgemaakt, blijkt dat de opdracht de « levering van bureaumeubilair » tot voorwerp heeft. In het bijzonder bestek dat door de vzw « Smals » aan het Hof is voorgelegd, wordt vermeld dat de opdracht de levering, de inrichting en de installatie van bureaumeubilair in de vestigingen van die vereniging tot voorwerp heeft (zie met name de artikelen 2.1, 15.1, 18, 20, 28 en 34).

Artikel 23 van dat bijzonder bestek bepaalt evenwel :

« Smals, haar leden en hun leden zullen gebruik kunnen maken van dit contract.

De volledige ledenlijst van Smals is beschikbaar op de website <http://www.smals.be> » (eigen vertaling).

B.6.2. Het blijkt dus dat de leveringen van de opdracht waarvan voor de verwijzende rechter sprake is, ook zouden kunnen zijn bestemd voor de administratieve overheden die lid zijn van die vereniging, zodat de verzoekende partij voor de Raad van State tot de laatste van de twee in B.3 beschreven categorieën van inschrijvers behoort.

Bijgevolg kan het antwoord op de prejudiciële vraag niet worden geacht klaarblijkelijk niet nuttig te zijn voor het beslechten van het voor de Raad van State hangende geschil.

B.7. Het staat dus aan het Hof de prejudiciële vraag te beantwoorden.

Ten aanzien van het antwoord op de prejudiciële vraag

B.8.1. Bij artikel 14, § 1, eerste lid, 1^o, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten wordt aan de Raad van State de bevoegdheid toegewezen om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van een door een administratieve overheid genomen beslissing tot gunning van een overheidsopdracht.

Een vereniging zonder winstoogmerk kan enkel als administratieve overheid in de zin van die bepaling worden aangemerkt in zoverre zij beslissingen kan nemen die derden binden (Cass., 28 oktober 2005, *Arr. Cass.*, 2005, nr. 550; Cass., 30 mei 2011, *Arr. Cass.*, 2011, nr. 363), met andere woorden indien zij eenzijdig de eigen verplichtingen tegenover anderen kan bepalen of eenzijdig verplichtingen van die anderen kan vaststellen (Cass., 30 mei 2011, *Arr. Cass.*, 2011, nr. 363).

De gunning van een overheidsopdracht is geen beslissing die verplichtingen ten aanzien van derden creëert (RvSt, 2 december 2003, nr. 125.889; RvSt, 28 januari 2011, nr. 210.776; RvSt, 17 juni 2011, nr. 213.949; RvSt, 8 augustus 2011, nr. 214.772).

B.8.2. In tegenstelling tot de inschrijver voor een overheidsopdracht die tot de in B.3 beschreven eerste categorie behoort, kon de inschrijver voor een overheidsopdracht die tot de in B.3 beschreven tweede categorie behoort, op 10 november 2009 bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dus niet de nietigverklaring van de beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver vorderen.

B.9.1. Artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 bepaalde vóór de opheffing ervan bij artikel 4 van de wet van 23 december 2009 « tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten » :

« § 1. De aanbestedende overheid informeert onverwijld de niet-geselecteerde kandidaten, de niet-geselecteerde inschrijvers en de inschrijvers van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet werd gekozen, nadat een beslissing werd genomen die op hen betrekking heeft. Deze bepaling geldt niet voor bepaalde opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund, waarvan de Koning de lijst vaststelt.

De Koning legt de regels vast betreffende de verplichting om de kandidaten en inschrijvers de motivering van de beslissing mede te delen die op hen betrekking heeft. Hij kan uitzonderingen bepalen voor sommige opdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund.

§ 2. Wanneer de overheidsopdracht of de concessie voor openbare werken verplicht onderworpen is aan de Europese bekendmaking bij de aanvang van de procedure, deelt de aanbestedende overheid samen met de informatie bepaald in § 1 mede :

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven voor zijn wering; deze motieven hebben in voorkomend geval betrekking op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen voor de werken, leveringen of diensten niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen;

3° aan elke inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht.

De mededeling gebeurt onverwijld per telefax of via elektronische middelen en wordt dezelfde dag bevestigd bij een ter post aangetekende brief.

De aanbestedende overheid kent de inschrijvers een termijn toe van vijftien dagen vanaf de dag die volgt op de in het tweede lid bepaalde datum van verzending per telefax of via elektronische middelen. De inschrijvers kunnen binnen deze termijn een schorsingsberoep instellen bij een rechtscollege, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naargelang, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid. Indien de aanbestedende overheid binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op het door haar vermelde adres, mag de procedure worden verdergezet.

§ 3. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden ».

B.9.2. In die bepaling wordt in herinnering gebracht dat de inschrijver voor een overheidsopdracht die tot de in B.3 beschreven tweede categorie behoort, ondanks het feit dat hij op 10 november 2009 bij de Raad van State niet de nietigverklaring van de beslissing tot gunning van de opdracht aan een andere inschrijver kon vorderen, bij de hoven en rechtbanken een zaak aanhangig kon maken teneinde zijn subjectieve rechten te laten beschermen die door die beslissing eventueel op de helling zijn gezet.

B.10. Het verschil in behandeling tussen beide categorieën van inschrijvers is redelijk verantwoord : enerzijds, is zij te wijten aan het verschil in onderwerp van de door die twee categorieën ingestelde beroepen; anderzijds, heeft de geweerde inschrijver in beide gevallen de mogelijkheid om de wettigheid van de gunningsbeslissing te laten controleren door een rechtscollege met volle rechtsmacht.

B.11. De vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 14, § 1, eerste lid, 1°, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, in samenhang gelezen met artikel 17*bis* van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 30 oktober 2012, door rechter J.-P. Snappe, waarnemend voorzitter ter vervanging van voorzitter R. Henneuse, wettig verhinderd.

De griffier,

De wnd. voorzitter,

F. Meersschaut

J.-P. Snappe